Normen nicht;[16] gleichwohl verläuft, der Erfahrung gemäß, der hannoversche Prozeß in diesen Stadien weniger rasch und weniger gut, als das Verfahren zur Erzielung des ersten Erkenntnisses. Die Beweisantretungstermine, welche weniger den Zweck haben, eine unmittelbar abzugebende Entschädigung vorzubereiten, als zum Theil äußerst detaillirte Nachrichten zu sammeln, die in den spätern Abschnitten benützt werden sollen, sind eben deshalb und weil hier selbstverständlich eine genauere Protocollirung, als in andern terminis erfordert wird, oft sehr langweilig und zeitraubend, und es ist mitunter eine sehr ermüdende Aufgabe für Richter und Zuhörer, bei der Beweisantretung den meist wörtlichen Wiederholungen der weitläufigen schriftlichen Anträge zu folgen.

XV.

Der Eid bei freier Beweisführung.

Von

Herrn Endemann,

Obergerichts-Assessor zu Fulda.

Das letzte in der Reihe der Beweismittel ist der Eid der Partei. Um die von mir unternommene Darstellung der Folgen freien Beweisführung wenigstens der Hauptsache nach zum Abschluß zu bringen, wird es erforderlich, die Handhabung desselben im Zusammenhang mit den frühern Betrachtungen,[1] selbstverständlich jedoch nur in ihren Grundzügen, zu untersuchen.

I. Ob der Eid der Partei, streng genommen, ein eigenes Beweismittel bildet, mag bezweifelt werden. Man nennt doch auch den Zeugeneid kein eigenes Beweismittel. In demselben Verhältniß aber, wie dort der Eid zu der Aussage der Aus-

---

16) S. Leonhardt, Lehre von der Berufung, S. 87.

1) Siehe diese Zeitschrift Bd. 41. Nr. IV. XI. Bd. 42. Nr. XI. Bd. 43. Nr. I.

kunftsperson, steht hier der Eid zu der Aussage, oder wenn man lieber will zu dem Geständniß, der Erklärung, oder Behauptung der Partei. Beweismittel gibt es, eigentlich wie früher erwähnt wurde, für die logische Beweisprüfung nur zwei, Personen und Sachen. In diesem Sinne ist der Eid der Partei so wenig Beweismittel, wie deren Geständniß; sondern Beweisgrund, Wahrheitsargument, oder Verstärkung der Erklärung.

Das sind indessen nur Fragen des Namens, und daher von untergeordnetem Belang. Das Wesentliche ist, daß die Auflage des Eides, dessen Ableistung oder Verweigerung dem erkennenden Richter einen Weg der Wahrheitserforschung darbietet. Die nähere Erörterung desselben kann von der Thatsache, daß der Eid zu diesem Zwecke benutzt wird, ausgehen, Alles, was den religiösen Karakter angeht, dagegen bei Seite gelassen werden. [2]) Die juristische Betrachtung hat sich lediglich daran zu halten, daß die feierliche Versicherung der Partei unter Anrufung des Höchsten als Rechtsinstitut anerkannt ist, und als solches, während die Ordnung desselben nach dem religiösen oder confessionellen Bekenntniß einer andern Kompetenz überlassen bleiben muß, seine rechtliche Konstruktion verlangt.

Schwerlich wird jemals der Eid als gerichtliches Wahrheitsmittel entbehrt werden können. Selbst wenn man keinen Werth auf die geschichtlichen Thatsachen legen wollte, daß im römischen Recht eine Gattung des Eides von Alters her vorgefunden wird [3]) eine andere sich mit voller Folgerichtigkeit entwickelte, [4]) daß im deutschen Gerichtsverfahren die eidliche Erklärung der Partei und ihrer Helfer als Ausgangspunkt des gesammten Beweisrechts [5]) erscheint, würde die unbefangene Erwägung kaum den Gedanken fassen können, ohne dieses letzte remedium expediendae litis [6])

2) Was dahin gehört, hat Strippelmann, der Gerichtseid, Kassel 1856 Abth. I. mit großer Ausführlichkeit zusammengestellt.

3) nemlich der Schiedseid.

4) der richterlich auferlegte Eid der L. 31 de jurej. 12, 2 und L. 3 Cod. de R. Cr. 4, 1.

5) namentlich der Entwicklung der Zeugnißlehre. Koppe, Gerichtswesen der Germanen S. 95. Sachße, Beweisverf. §. 4.

6) L. 1. de jurj. 12, 2.

auszukommen. Grade am allerwenigsten in dem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Civilproceß. Wäre es möglich, den Parteieneid zu entbehren, so müßte man nothwendig auf eine ganz andere Gestaltung des Prozesses gerathen.

Zum Mindesten müßte alsdann die Verhandlungsmaxime fallen. Der Richter müßte von Amtswegen inquisitorisch die Wahrheit suchen. Allein, so sehr das Aufgeben der reinen Verhandlungsmaxime zu wünschen ist, so würde doch mit derjenigen Inquisitionsmaxime, welche durch die völlige Abschneidung des Eides bedingt würde, der Vortheil weitaus zu theuer erkauft werden.

Ueberhaupt läßt sich auf das Strafverfahren, in welchem der Eid der Partei, d. h. der Reinigungseid des Angeklagten, meistens verschwunden ist, nicht hinweisen; dort läßt sich mit einem non liquet, welches im Zweifel zur Absolution des Angeklagten führt, fertig werden; nicht so im Civilstreit, welcher eine Entscheidung endgültig erledigender Art für oder wider den Kläger fordert. Ohnehin kann man sehr darüber streiten, ob der Eid selbst aus dem Strafverfahren ganz zu verbannen ist. Ja diese Frage wird entschieden verneint werden müssen, wo das Strafverfahren, wie zu wünschen alle Ursache ist, in gewissen Richtungen sich dem privatrechtlichen Charakter wieder mehr nähert. Wo die Privatenklage statthaft ist, kann der Eid recht gut eine Stelle finden.

Nur die verzweifeltsten Erfahrungen konnten Manche bestimmen, die gänzliche Beseitigung des Eides anzuempfehlen. Wenn die Zahl derjenigen, welche bis zu diesem Aeußersten sich gezwungen fühlen, gering ist, so ist doch die möglichste Verminderung des Eidgebrauchs fest in Aller Mund.

Allerdings sieht es mit dem gerichtlichen Eid traurig genug aus.[7] Die „Eidesnoth" ist ein gäng und gäber Begriff geworden. Jeder Richter weiß genug Beispiele von der Leichtfertigkeit und dem bösen Willen der Streitenden zu erzählen. Selbst der biedere Landmann hält den Prozeß für gewonnen, wenn er ihn nur „auf dem Eide hat." Der geschickte Anwalt hat seine

7) Vgl. darüber Strippelmann, die nothw. Eide S. 518 ff. Elvers, die Nothstände des preuß. Eidesrechts, 1858.

Schuldigkeit gethan, wenn er seiner Partei glücklich den Eid verschafft hat. Vergeblich müht sich der Richter ab, dem Streitenden den Sinn des Eides in seiner thatsächlichen Fassung klar zu machen. Die Partei will oder kann das nicht verstehen. Sie schwört unangefochten um die strikte Wahrheit des eigentlichen Thema's. Sie ist noch ehrlich, wenn sie deshalb schwört, weil sie im Ganzen in ihrem Recht zu sein glaubt. Denn das wird häufig als vergebliches Unternehmen erprobt, den Leuten eindringlich zu machen, daß sie unbekümmert um die rechtlichen Konsequenzen, lediglich die Wahrheit oder Unwahrheit einer einzelnen bestimmten Thatsache zu beschwören haben. Noch schlimmer, wenn man am Ende überzeugt sein muß, daß der Schwörende nicht einmal auf dieses allgemeine Rechtsbewußtsein, sondern nur auf die gewinnreiche Wirkung des Eides seinen Blick richtet.

Man mag sich die Sache mehr oder minder grell vorstellen, unleugbar ist die Eidesnoth da. Sogar auf die statistischen Ziffern der Meineidsfälle vor den Strafgerichten beraucht kein Gewicht gelegt zu werden. Ob sie zu- oder abnehmen, ändert noch Nichts an den Mißständen des Civilprocesses. Ich habe früher Ursachen angedeutet, aus denen sich die Zahl der Meineids**anklagen** erklärt.[8]) Indessen ist das Mißverhältniß der Beweistheorien eben nur der Grund, der dazu anreizt, Meineidsanklagen zu versuchen, noch nicht der Grund, aus dem Meineide oder leichtfertige Eide wirklich, gleichviel ob sie angeklagt, ja selbst ob sie bestraft werden, vorkommen. Allein der Grund der letztern Erscheinung liegt ganz dicht daneben; nemlich in der Verwerflichkeit der nach gesetzlichen Regeln sich richtenden rein formellen Handhabung des Eides.

Dies einzusehen kostet dem schulgerechten Juristen freilich einige Ueberwindung. Es ist viel bequemer, als die eigene Schuld der juristischen Theorie zu bekennen, den Karakter des gegenwärtigen Geschlechts, dem die Mißachtung des göttlichen und menschlichen Gesetzes zur Gewohnheit geworden ist, zu beschuldigen. Der Geschichtskundige wird von vornherein solche allgemeine Urtheile nicht hoch anschlagen. Jede Zeit fand Stoff zur Herabsetzung

---

8) S. Archiv. Bd. 41 S. 123 ff.

der Zeitgenossen. Für die Anklagen unserer selbst haben wir keine andern Beweise, als die Thatsache, daß die Eidesbelehrungen, die Assistenz der Geistlichen, die dogmatischen Erklärungen und sittlichen Empfehlungen des religiösen Aktes, die brennenden Kerzen und Kruzifixe bei der Ableistung Nichts geholfen haben. An Eifer, ja an Entrüstung hat es die Jurisprudenz so wenig, wie die Theologie fehlen lassen. Und doch keine Besserung!

Sehr begreiflich. Vor allen Dingen sollte die Jurisprudenz einsehen, wie schwer sie sich versündigt hat, indem sie den Eid zu einem Institut umschuf, an welchem, wie bei allen legalen Beweismomenten, nur die juristische Form der gesetzlichen Voraussetzungen, nicht der innere, sittliche Kern menschlicher Wahrhaftigkeit in Betracht kommt. Kann der Eid als eine heilige, das Gewissen erregende und zugleich freie sittliche Handlung erscheinen, von dem sich jeder sagen muß, daß, wenn er nur geschworen wird, der menschliche Glaube an seine Wahrheit gleichgültig ist? Soll, wenn der Richter ohne Vertrauen auf die Person, ohne Vertrauen auf die Sache, nur darum, weil es in dem legalen Beweisverfahren der Partei gelungen ist, so viel zu thun, als die abstrakte Regel erheischt, den Eid auflegen und dessen Ergebniß als „juridische" Wahrheit, gleichviel ob er von der realen Wahrheit überzeugt ist, aufrecht erhalten muß, der Eid noch hoch stehen in der Achtung des Volkes?

Ich habe mich früher schon gegen die rein formelle Benützung des Zeugeneides ausgesprochen [9]). In viel höherem Maaße gilt dies von dem Gebrauch des Parteieneides.

Die juristische Beweistheorie in ihrem Gegensatze zu der natürlichen Ueberzeugung hat niemals dem Laien eingeleuchtet. Höchstens konnten die Juristen der großen Menge versichern, daß ihr beschränkter Verstand das nicht begreift. So viel hat aber instinktiv das allgemeine Gefühl wahrgenommen, daß, wo Alles was die Wahrheit betrifft, nur legale Form ist, auch der Eid nichts weiter sein kann. Wie will man nun auf einmal verlangen, daß dieser Schlußstein der formalen Wahrheitserforschung

---

9) S. Archiv, Bd. 42. S. 269.

trotz aller formalen Außenseiten in einer Weise innerlich gepackt werden soll, welche man dem Bewußtsein überall sonst entfremdet hat?

Es ist nicht leicht, durch Jahrhunderte hindurch befestigte Anschauungen wieder auszutreiben. Die Erfahrung, daß alle jene auf Erschütterung des Gewissens, wo nicht der Nerven abzielende Mittel nicht vorfangen wollen, sollte auf die Vermuthung führen, daß gerade der Grund, warum es unmöglich wird, die Unverletzlichkeit des Eides aufrecht zu erhalten, an anderer Stelle liegt.

Anstatt den Charakter der Menschheit in dem düstern Licht angeborner Unredlichkeit zu erblicken, möchte man denn doch einmal umgekehrt fragen, ob nicht die Mißachtung des Eides, so wie ihn die Wissenschaft zur Stunde noch hat, eine gewisse Reaktion gegen die Art seiner Handhabung anzeigt.

Es gibt eine Reihe von Meineidsfällen, welche man längst als „formelle Meineide" in demselben Sinn wie es „formelle Fälschungen" gibt auszuzeichnen sich gewöhnt hat. Das heißt: es gibt Fälle, in denen der Angeklagte zwar dem strengen Wortlaut nach nicht schwören konnte und durfte, in denen aber der Erfolg des falschen Eides gewiß, oder doch möglicher Weise dem materiellen Recht nicht widerspricht. Der Eid war es also, dessen Fassung, Auflage u. s. w. in Gemäßheit der juristischen Regeln die Betheiligten von dem, ungeachtet aller juristischen Regeln gefühlten, der realen Wahrheit entsprechenden Recht abzudrängen schien. In vielen Fällen scheut man sich daher, während die gewissenlose Absicht, sich einen geradezu für unrechtlich erachteten Erfolg zuzuschwören, zweifellos als Verbrechen empfunden wird, durchaus nicht trotz der abweichenden Fassung des Eides durch den Schwur, das dem Rechtsbewußtsein im Ganzen entsprechende Ziel aufrecht zu erhalten.

Diese Erscheinung, noch mehr aber die tägliche Erfahrung der Civilgerichte muß die größten Bedenken gegen die dermalige juridische Benutzung des Eides erregen und zugleich antreiben, die von der juristischen Theorie verursachte Eidesnoth in ihrer wahren Ursache anzugreifen.

II. Das heutige Prozeßrecht kennt zwei Gattungen des gerichtlichen Eides, den deferirten oder Schiedseid, und den richterlich auferlegten oder Notheid. Unter diese Hauptrubriken lassen

sich immerhin auch diejenigen Eide bringen, welche häufig als besondere Arten dargestellt werden. So der Manifestations-, Perhorreszenz-, Schätzungseid u. a.

Betrachten wir zunächst, um die Behauptung, daß die Eideslehre mißbildet worden sei, zu rechtfertigen, den Schiedseid.

Die Quelle des Schiedseides in seiner heutigen Gestalt ist, mag man die historische Entwicklung des Instituts betrachten, wie man will, das römische Recht [10]. Darauf beziehen sich auch alle Schriftsteller. Fragt man nun, was denn der Schiedseid eigentlich darstellt, worin sein inneres Wesen besteht, so lautet zunächst die Antwort dahin, daß der Schiedseid als ein vertragsähnliches Institut betrachtet werden muß. Den Beweis [11]) dafür liefern ja die römischen Quellen.

Dies ist unzweifelhaft richtig. Die Eidesdelation in dem Prozeßabschnitt des jus erscheint den Römern, ebenso wie die confessio, litiscontestatio u. s. w. unter dem Bild eines Quasicontrakts. Anstatt die Entscheidung des Streites in judicio zu verlangen und zu nehmen, einigen sich die Parteien durch die Verhandlung über den deferirten Eid dahin, daß der Ausgang des Processes von der Ableistung oder von der Verweigerung des Schwures abhängen soll [12]).

Das Recht schützt nicht nur die freiwillige Uebereinkunft der Parteien, ihre Sache auf den Eid zu stellen [13]); es legt dem Delaten einen gewissen Zwang auf, sich auf die Entscheidung durch Eid einzulassen [14]).

---

10) Insbesondere der tit. Dig. 12, 2. Ebenso gewiß ist es, daß der altgermanische Eid mit dem ächten römischen Schiedseid sehr viel Aehnliches hat; daher um so leichter der letztere in Deutschland Aufnahme fand.

11) L. 21. h. t. — Vgl. Wetzell, Syst. §. 27.

12) L. 13. §. 3—5. L. 28 §. 2. h. t.

13) Juramentum voluntarium in diesem Sinn; davon reden z. B. L. 17. L. 25. 26 §. 10 L. 39. h. t. Savigny, Syst. Bd. 7. S. 81 Not. f. Wetzell §. 27. z. A.

14) Dadurch wird das jur. zum necessarium. Dies ist der Name des deferirten Eides im röm. Recht. S. auch Rudorff, röm. Rechtsgesch. Band 2 §. 67.

Der Delat muß in der Regel den Eid annehmen [15]. Die Relationsbefugniß [16]) gibt ihm blos Gelegenheit, sich der Ableistung, nicht aber dem Eidesantrag, dem Verlangen des Gegners, die richterliche Cognition des judex durch die feierliche Betheuerung ersetzt zu sehen, zu entziehen. Es leuchtet ein, daß sich in diesem Institut das vollste Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit und die Heilighaltung des Eides [17]) ausspricht.

Dieser Eid war kein Beweismittel [18]); denn in jure wurde überhaupt nicht über die Wahrheit bestrittener Thatsachen geurtheilt; sondern Beweisersparniß, Surrogat der richterlichen Wahrheitsprüfung durch die Disposition der Parteien. Insofern blieb also die materielle Wahrheit des Inhaltes ganz gleichgültig [19]). Das Ergebniß der Eidesdelation galt nicht, weil der Eid als Wahrheit zu betrachten gewesen wäre, sondern weil die Parteien es so gewollt hatten. Der Eid bewies nicht; er obligirte [20]).

Aus diesem Charakter des Eides, oder vielmehr der Eideszuschiebung, ergeben sich alle einzelnen Folgesätze.

Da der Eid nicht den Zweck hat, dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit seines Inhaltes zu liefern, so muß ein ganz anderer Gesichtspunkt bei Bestimmung des Gegenstandes oder des Eidesthemas walten, als da, wo der Eid um des Beweises willen gefordert wird. Mit geringen Beschränkungen ist die Anordnung des Eidessatzes lediglich Sache der Parteien. Wo der Richter mit in dieselbe eingreift [21]), handelt er nicht

---

15) L. 34. §. 6. h. t.; Es gibt nur einzelne subjektive oder objektive Befreiungsgründe. Wetzell a. a. O. Not. 11.

16) L. 34 §. 7.

17) dessen Formel ganz in das Belieben der Parteien gestellt war. Schmid, Handbuch Bd. 2. §. 169 Not. 12. Savigny, Syst. Bd. 7. S. 48. Strippelmann, Eideszuschiebung S. 446.

18) Brackenhöft im Archiv f. civ. Prax. Bd. 29. S. 1. u. 352. Kraußold, die Lehre vom Eid.

19) L. 21. 22. de dolo 4, 3. L. 1. Cod. h. t. 4, 1.

20) L. 2. L. 11 §. 3 h. t.

21) L. 34 §. 5. 8. h. t.; er soll achten, daß kein illicitum vorkommt. L 5. §. 3. h. t. Wetzell S. 174.

als Richter; denn für ihn hat der Eid keinen eigenen Zweck; sondern als Beihelfer oder Rathgeber der Streittheile. In keinem Falle hat man ein Interesse daran, den Eid streng nur auf bestimmte einzelne Thatsachen zu richten.

Der Schwur über das ganze Rechtsverhältniß fand kein Hinderniß [22]; um so weniger, als die römische Auffassung überhaupt nicht jene ins Unnatürliche übertriebene, totale Zerreißung der thatsächlichen Prämissen und der rechtlichen Konsequenz für erforderlich hielt, welcher wir heute oft begegnen [23].

Die Frage, wer den Eid deferiren kann, war folgeweise eine Frage der Dispositionsfähigkeit zum Vertragsakte [24]. Nicht minder die Frage, wer Delat sein darf [25]. Alle jene Kombinationen, wie der Vormund, der Stellvertreter u. s. w. dem Eidesvertrag gegenüber sich zu verhalten hat, nehmen ihre Entscheidung aus der Vertragsnatur. Das Gleiche gilt aber auch von der weiteren Frage, wer zu schwören hat; eine Frage, welche bei Weitem nicht immer identisch mit jener andern, wer Delat sei, befunden wird [26]. Delat, d. h. Mitkontrahent des Eideskompromisses war stets nur die Proceßpartei, vermittelt vielleicht durch die Stellvertretung eines Mandatars, Defensors u. dgl.

---

22) Dies war vielmehr die Regel, wie fast alle in den Quellen aufbewahrten Beispiele darthun. Savigny, a. a. O. S. 60. 61.

23) Jetzt ist es ein Hauptsatz, daß der Eid nur über reine Thatsachen geschworen werden kann. S. Schmidt §. 162. Strippelmann §. 30. Wetzell S. 175 — daher denn eine Menge von Zweifeln über die Zulässigkeit, z. B. bei dem Thema der Unvordenklichkeit. — Savigny, Syst. Bd. 4. S. 524, des Sinnes einer Urkunde, — Seuffert, Archiv Bd. 6. Nr. 81 —, der Verwandtschaft — Seuffert Bd. 4 Nr. 265 —, des Zwangs, der Furcht, Arglist, wenn sie allgemein behauptet werden, Seuffert, Bd. 2. Nr. 230 u. s. w.

24) Schmid §. 159. Bayer, Vortr. 8. Aufl. S. 873. Strippelmann a. a. O. S. 175. In diesem Punkt wiederholen die Neuern immer getreulich das röm. Recht, was sehr schlecht paßt, wenn der Schiedseid beweisen soll.

25) Schmid, §. 160, Bayer S. 875. Strippelmann S. 186.

26) Die Verwechslung und Vermischung dieser zwei verschiedenen Fragen hat unglaubliche Schwierigkeiten verursacht. Sie findet sich auch bei Strippelmann, z. B. S. 217 Not. 22; vgl. dagegen Schmid S. 578 Not. 20.

Wer schwören soll richtet sich nach der Uebereinkunft. Im Zweifel soll also der Delat schwören, oder soweit er referiren darf, der Deferent. Allein, wo der Mitkontrahent der Zuschiebung selbst nicht schwören will, oder kann, ist es den Kompromittenten überlassen, zu bestimmen, wer schwören soll. Dem Vertrag, daß die Entscheidung von dem Eide eines Dritten [27]), oder wo z. B. die Prozeßpartei aus einer Mehrheit von Personen besteht, von dem Eide eines Theils, oder eines einzelnen Genossen abhängen soll [28]), steht nicht das Mindeste im Wege.

Die Folgen der Ableistung, der Verweigerung, oder des Erlasses des deferiten Eides bestehen darin, daß der unter dieser Bedingung abgeschlossene Vergleich purifizirt, das betreffende Rechtsverhältniß zu Gunsten oder zum Nachtheil des Deferenten festgestellt erscheint [29]). Der Streit ist nun, insoweit als geschworen oder der Schwur verweigert worden ist, gerade so geschlichtet, wie sonst durch das Judikat [30]). Wie weit diese Schlichtung wirkt, bestimmt sich nach den nämlichen Grundsätzen, nach welchen die Tragweite der Rechtskraft einer Sentenz zu bemessen ist [31]).

Diese Bemerkungen werden genügen, um die wahre Beschaffenheit des Schiedseides in das Gedächtniß zurückzurufen. Der Schiedseid hatte so wenig etwas von der Eigenschaft eines Beweismittels an sich, daß vielmehr ausdrücklich hervorgehoben wird, wie nach dem Schwur die Untersuchung der Wahrheit geradezu ausgeschlossen bleibt. Die Darlegung der Unwahrheit, ja sogar der Nachweis des Meineides konnte das endgültige Ergebniß des Schiedseides nicht umstoßen [32]).

Gleichwohl wäre es irrig, zu glauben, daß man darum gegen die

---

27) L. 1 §. 2. quar. rer. act. 44, 5. — Vgl. dazu Strippelmann S. 201.

28) Die berüchtigten Streitfragen über die Eidesdelation an juristische Personen u. dgl. kann ich hier nur andeutend berühren. Vgl. Schmid S. 236. Bayer, S. 878. Strippelmann §. 53 ff.

29) L. 5. §. 2. L. 13. §. 3. h. t. L. 56. de re jud. 42, 1.

30) Wetzell a. a. O. Not. 10.

31) nemlich dahin, daß eadem res, super qua juratum est, nicht wieder in Streit gezogen werden kann.

32) S. Not 19. — Erst die L. 13. Cod. h. t. machte davon eine Ausnahme. Justinian mischte dem Schiedseid eine Beweismitteleigenschaft bei, die demselben früher ganz abging.

materielle Wahrheit des Schwures ganz sorglos gewesen sei. Mancherlei positive Bestimmungen, wie die Mitwirkung des Richters bei der Formulirung des Eides [33]) und namentlich der dem Deferenten abzufordernde Kolumnieneid [34]), hatten keinen andern Zweck, als die Wahrheit zu garantiren.

Die Hauptgarantie aber lag freilich darin, daß die Partei selbst zu entscheiden hatte, ob sie von dem Eide Gebrauch machen sollte. Nichts nöthigte sie dazu, als der Gedanke, auf diesem Wege zu einer schnelleren Erledigung des Streites ohne judicium zu gelangen [35]). Der Mangel anderer Beweismittel wenigstens hat da, wo die freie Logik immer das offene Feld der Argumentation und die Möglichkeit, den Richter durch logische Gründe zu überzeugen, vor sich hat, nicht diejenige Bedeutung, wie unter der legalen Beweistheorie. Die Partei, welche sich der Eidesdelation bedienen will, hat also selbst und auf eigene Verantwortung hin einmal die objektive Wahrheit des Eidesthemas, sodann auch die persönliche Wahrhaftigkeit des Delaten zu überschlagen. Der Deferent muß wissen, ob das wahr ist, was er versichert, und muß ferner wissen, ob er dem Delaten zu trauen darf, daß er nicht gegen besseres Wissen, oder ohne gründliche Ueberzeugung schwören wird.

Der Schiedseid ist mit einem Wort zufolge dieser Auffassung ein Privatrechtsinstitut, welches im Wesentlichen durchaus der Eigenthätigkeit, der Selbstverantwortung und Selbstverwaltung der Streittheile überlassen wird.

Die Gründe, welche die Doktrin bestimmt haben, seit dem kanonischen Recht dem Schiedseid einen andern Charakter beizulegen, können an dieser Stelle nicht ausführlicher entwickelt werden. Es genügt auf die Thatsache hinzuweisen, welche jedes Lehrbuch und jedes Eideserkenntniß als Regel des gemeinen Prozeßrechtes und der meisten Partikularordnungen bezeugt.

---

33) L. 34. §. 8 h. t.

34) L. 34. §. 4. h. t. — Dahin gehört auch, daß zu einem Eid super facto alieno kein Zwang stattfindet. L. 11. §. 2. rer. amot. 25, 2. Wetzell, a. a. O. Not. 19.

35) Brackenhöft a. a. O. S. 19 ff.

Der Schiedseid ist zwar ein vertragsähnlicher Akt, allein im modernen Recht zugleich Beweismittel [36]). So lautet regelmäßig die Erklärung seiner inneren Natur. Wie das möglich ist, erscheint freilich bei näherer Betrachtung mehr als problematisch, sobald man von der gesunden Logik ausgeht [37]). Der gesetzlichen Beweistheorie kommt es indessen auf die innere Struktur überhaupt wenig an. Ob die Verbindung oder Vermischung der Beweismitteleigenschaft mit der Vertragsnatur wirklich von Statten gehen kann, ob sie eine brauchbare Rechtsgestaltung liefert, sind andere Fragen. Genug, daß man mit der Doppelbeschaffenheit die äußern Seiten erklären kann, daß man damit einen scheinlichen Namen für die heterogenen Folgerungen gewinnt, welche aus dem Mangel eines brauchbaren einheitlichen Princips entspringen.

Man mag den Schiedseid nicht blos Beweismittel nennen; denn das würde zuletzt dahin führen, daß man seinen Gebrauch der Verhandlungsmaxime entziehen müßte. Was wahrhaft beweisen soll, das kann, wie ich schon öfter zeigte, nicht unter der Botmäßigkeit der Parteiendispositionsbefugniß stehen. Man mag ihn aber auch nicht blos Vertragsakt nennen, denn das hieße den Schiedseid nach, wie vor, lediglich dem Belieben der Parteien anheimstellen. Dann hätte ja der Richter gar keine Kontrole über dieses wichtige Institut und vor allen Dingen kein eigentliches Beweismittel mehr für die zahllosen Fälle, in denen andere gesetzliche Beweismittel gänzlich fehlen.

Der Schiedseid muß Beweismittel sein, um ihn, was seine Formulirung und seine Wahrheitswirkung betrifft, in die Gewalt des Gerichts zu bringen, der unbedingten Dispositionsbefugniß der Parteien zu entwinden. Der Richter soll aus dem Eid

36) Schmid §. 158. Savygny Bd. 7. S. 86. Bayer. S. 872. Strippelmann S. 49 ff. Wetzell, S. 176. Nr. 1.

37) Daß man sich nicht auf positive Quellenzeugnisse des röm. Rechtes berufen kann, läßt sich an den einzelnen für diese Behauptung benutzten Stellen leicht nachweisen. Vgl. auch Heffter Syst. §. 233. 234. Hier genügt es auf das hinzuweisen, was so eben über das Wesen des römischen Schiedseides gesagt wurde.

Wahrheit entnehmen. Freilich nur juridische Wahrheit; und diese ist eigentlich nichts mehr, als Surrogat der realen Wahrheit. Aber dieser Zweck gibt doch den Titel ab, um dem Richter eine Beaufsichtigung, oder vielmehr Leitung des Schiedseides zu gestatten, welche da fremd war, wo der[38]) Eid lediglich dem Zweck der Parteien diente.

Wir stehen hier ganz vor derselben Erfahrung, welche im Kapitel von dem Urkundenbeweis zu machen war.[39]) Dort keine Sicherheit, als in der von dem öffentlichen Beamten aufgestellten oder beglaubigten öffentlichen Urkunde; anstatt der Selbstverantwortlichkeit der Betheiligten, Abhängigkeit von der Autorität der öffentlichen Gewalt. Ganz ebenso hier. Es gilt für unsicher, ja für unverantwortlich, den Eid der Handhabung der Privaten zu überlassen.[40]) Man faßt den Gedanken gar nicht mehr, daß diese auf ihre eigene Weise sich selbst Wahrheit und Gerechtigkeit schaffen könnten. Man sieht nur Mißbrauch und Unsicherheit, wo die Streitenden nach Belieben mit dem Schiedseid schalten und walten könnten, Sicherheit und wahren Glauben nur da, wo das Gericht kraft seines Amts den Eid austheilt, oder durch sein Plazet demselben den Wahrheitscharakter aufprägt.

Wo nicht allein, denn es wirken gerade hier noch einige andere Beziehungen mit, so ist es doch zum großen Theil die Meinung, daß nur, was die Gerichtsbehörde thut, beschließt und verfügt, der Gerechtigkeit dient, welche dahin drängt, die reine Vertragsnatur der Eidesdelation zu leugnen. Nur der vom Gericht regulirte, auferlegte und abgenommene Eid kann als gerichtliche Wahrheit gelten; nicht der Eid, den die Parteien unter sich kompromissarisch vereinbaren. Ein solcher Eid kann ebensowenig juridische Ueberzeugungsfähigkeit haben, wie die auch aus purer

---

38) Der Richter hat nicht mehr blos im Allgemeinen über die Gesetzlichkeit zu wachen, s. Not. 21, sondern ihm kommt die Bestimmung des Eidessatzes, also derjenigen Thatsachen, von denen er auch Beweis verlangt, mit Ausschluß aller Eide über Rechtsverhältnisse, die Bestimmung der Person, der Formel u. s. w. zu.

39) S. Archiv Bd. 43, S. 11 ffl.

40) S. z. B. Strippelmann S. 201.

Privatthätigkeit hervorgegangne Privaturkunde, oder das außergerichtliche Privatgeständniß.

Ein juridisches Wahrheitsmittel aber, wie es der Schiedseid in seiner jetzigen Gestalt enthält, braucht die legale Beweistheorie gar zu nothwendig. Der Erfüllungseid ist, wie wir bald sehen werden, nur für die Fälle bestimmt, in welchen bereits eine gesetzliche probatio semiplena vorliegt. Ueberall da, wo nicht einmal halber Beweis erbracht werden konnte, und das kommt gerade unter der legalen Theorie bekanntlich sehr häufig vor, läßt der Erfüllungseid eine Lücke, die erst der Schiedseid ausfüllt; unter der Voraussetzung nämlich, daß er als juridisches Beweismittel angesehen wird. Der Schiedseid ist das Beweismittel bei gänzlich fehlendem andern Beweis.[41])

Es ist daher kein Wunder, daß die Beweismitteleigenschaft in stetem Wachsen begriffen ist. Die ältere Lehre hielt kaum irgendwo den alleinigen Eid für einen ordentlichen Beweis.[42]) Jetzt ist dies ausgemachte Regel[43]) und der Beweismittelcharakter das eigentlich maßgebende Element. Ich brauche nur an Einiges beispielsweise zu erinnern.

Die Befugniß der Relation wird dem Delaten versagt, wenn er dem Wissen, der Deferent nur dem Glauben nach schwören kann.[44]) Das heißt, die, nach römischen Begriffen davon ganz unabhängige, Befugniß[45]) wird von der Rücksicht abhängig

---

41) Daraus folgt denn sehr natürlich die Annahme, daß der Schiedseid das letzte, subsidiäre Beweismittel sei, Strippelmann S. 351. Wetzell S. 176 Nr. 1. Seuffert, Archiv, Bd. 4. Nr. 279, eine Subsidiarität, die freilich lediglich vom Willen der Parteien abhängt. — S. dagegen Savigny a. a. O. S. 89.

42) Z. B. zum Beweis eines impedimentum, der amissio instrumenti, dessen, quod consistit in animo etc.; s. Masc. de prob. II. concl. 9. 53.

43) Ausgenommen sind die Sachen, in denen die Privatdisposition keine Macht hat; der Eid beweist nicht Delikte, Ehescheidungsgründe u. s. w. Wetzell S. 176. Not. 27.

44) Vgl. über diesen Punkt Brackenhöft a. a. O. S. 370. Strippelmann S. 300. Emminghaus im Archiv f. prakt. Rechtswiss. Bd. 6. S. 1 ff.

45) L. 34. §. 8. h. t. rechtfertigt nicht im Mindesten den Satz der herrschenden Lehre; ebensowenig L. 11. §. 2. de act. rer. amot. 25, 2, oder L. 6. Cod. de fideic. 6, 42.

gemacht, welcher von beiden die beste Kunde der zu beschwörenden Thatsache besitzt. Die Gewissensvertretung ferner ist lediglich eine Konsequenz der Beweisnatur, welche dem Schiedseid beigelegt wird.[46]) Die Annahme des Eides und die Schwurpflichtigkeit der Mitglieder juristischer Korporationen u. dgl. steht nicht minder unter dem unwillkührlichen Einfluß des Strebens, durch den Eid den Richter, wenn auch nur juridisch, zu überzeugen.[47]) Am auffälligsten erweisen sich die Folgen an der Art und Weise, wie die Eidesdelation an Dritte, anstatt an die eigentliche Prozeßpartei, gestattet worden und in offenbarer Ausdehnung begriffen ist.[48])

Dagegen wäre nun wohl Nichts einzuwenden, wenn wirklich eine Lücke des Beweisrechts auszufüllen bleibt und der Eid dieselbe in der That ausfüllt. Ob der Eid Schiedseid heißt, oder sonstwie, gilt füglich gleich, wenn er nur konsequent als Beweismittel benutzt wird. Allein dem ist nicht so. Die freie Handhabung des Schiedseides durch die Parteien wollte man nicht mehr; aber, indem man ihn als Beweismittel der Richtergewalt unterordnete, hatte man doch hier so wenig, wie sonst irgendwo in der Beweislehre Lust, darum die Verhandlungsmaxime schwinden, d. h. den Richter frei schalten zu lassen.

Daß das Prinzip der letztern der ärgste Feind der materiellen Wahrheit ist, habe ich schon öfter hervorgehoben. Dies bewährt sich auch am Eid. Um diesen wahrhaft überzeugungsfähig zu machen, mußte er allein dem Richter überantwortet, von den formalen Parteihandlungen ganz unabhängig sein. Aber die von Mißtrauen erfüllte Theorie würde es ebenso bedenklich erachten, ihn dem Richter zu freiem Gebrauch zu überlassen, wie

---

46) Dem römischen Schiedseid gegenüber, welcher die Sache anstatt von der gerichtlichen Feststellung der Wahrheit, von dem Gewissen des Delaten abhängig macht, kann gar keine Gewissensvertretung gedacht werden. — Wetzell S. 177 Nr. 4. — Weil heute der Eid Beweis ist, muß denn der bekannte Streit über die Gegen- oder Hauptbeweisqualität der Gewissensvertretung entstehen. Emminghaus, Archiv f. prakt. Rechtswiss. Bd. 7. S. 303.

47) Denn Alles läuft darauf hin, möglichst die kundigsten Personen heranzuziehen.

48) S. unten Not. 530 ff.

sie sich scheut, ihn den Parteien frei zu gewähren. Sie befolgt ein eigenes System. Sie beherrscht die Parteien durch den Richter und den Richter durch die Parteien. Sie stellt den Richter, welcher über das Beweismittel des Schiedseides zu verfügen hat, mittelst der Verhandlungsmaxime wieder in Abhängigkeit von den Parteihandlungen.

Für die Verhandlungsmaxime ist nun die äußere Form des Quasikontrakts der Eidesdelation nach römischem Recht sehr wohl brauchbar; freilich auch nur die Form. Die Delation, die Erklärung über die Annahme des Eides, Relation u. s. w. nehmen sich hier als Parteiverhandlungen scheinbar ganz natürlich aus. Indem der äußere Mechanismus des Instituts beibehalten wird, kann nun behauptet werden, der Schiedseid sei zugleich Quasikontrakt, obwohl von dem eigentlichen Wesen des letztern nicht die Spur mehr übrig ist.

Auf diesem Wege hat aber die Doktrin eine sehr unglückliche Ehe gestiftet. Vertragsnatur und Beweismitteleigenschaft vertragen sich nimmermehr; kaum dann leidlich, wenn die starrste juridische Wahrheitstheorie herrscht. Das Zerwürfniß läßt sich vollends nicht mehr verbergen, wenn, wie in der neueren Praxis, unwillkührlich durch die natürliche Logik die gesetzliche Fiktion der Wahrheit verdrängt wird.

Hierin liegt der Keim zu den zahlreichen und in der That von dem Standpunkt der herrschenden Lehre unentwirrbaren Kontroversen, aus denen die Lehre vom Eid zusammengesetzt ist. Der Widerstreit, daß der Eid überzeugen und doch durch die formalen Akte der Parteien hauptsächlich bedingt sein soll, läßt sich nicht lösen.

Dafür nur einige Beispiele. Ist die Eidesdelation lediglich Vertragsakt, so sind, wie schon oben erwähnt wurde[49]), die Grundsätze über die Vermittlung des Quasikontrakts durch Stellvertreter einfach. Nicht so, wenn der Eid beweisen soll. Dann mischt sich in die Frage, ob der Vormund oder sonstige Prozeßvertreter deferiren kann, oder annehmen muß, unwillkührlich die Vorstellung, ob er auch am besten schwören kann.[50])

49) S. Not. 26.

50) Vgl. z. B. Schletter's Jahrb. Bd. 6 S. 153 Nr. 25.

Es erhellt, daß hier ganz andere Rücksichten bestimmend einwirken[51]), wie dort, wo es sich darum handelt, wer von mehreren Streitgenossen, oder wer Namens einer universitas schwören soll. Die Konsequenz der Beweismitteleigenschaft würde erfordern, daß von Amtswegen diejenigen ausgesucht werden, von denen man die beste Ueberzeugung erwartet. Allein die Verhandlungsmaxime gebietet, daß die Bezeichnung, die Annahme und Ablehnung der Schwurpflichtigen durchaus von den Parteianträgen abhängig ist. Daher jenes Schwanken in dieser althergebrachten Streitfrage.[52])

Am lehrreichsten ist jedenfalls die erst der modernen Lehre angehörige Eidesdelation an Dritte, an Cedenten, Mandatare u. s. w.[53]) Das Streben, auf diese Weise diejenigen Personen heranzuziehen, von denen sich die gründlichste Ueberzeugung erwarten läßt, kann gewiß nicht gescholten werden. Allein man kann einmal nicht verkennen, daß sich dadurch die legale Beweistheorie in den grellsten Widerspruch mit ihren Grundsätzen vom Zeugenbeweis stellt[54]); und sodann sind die Verwicklungen unausbleiblich, wenn man hier immer wieder die Regeln des römischen Vertragseides anwenden will. Muß der Dritte annehmen? Kann der Deferent den Eid des Dritten anstatt der Partei selbst fordern? Hat der Gegner des Deferenten ein Recht, den Dritten an seiner Statt vorzuschieben, lediglich weil dieser bessere Kenntniß hat? Welche Folgen hat die Weigerung des Dritten? Diese und viele ähnliche Fragen harren vergeblich der rationellen Lösung.[55]) Die Praxis kann nichts Besseres thun, als sich eben so leidlich, als möglich, hindurchzuwinden.

Die Relation des Eides hat man im Interesse der Ueber-

51) Nämlich die, ob der curator, tutor, procurator zu dem Quasikontrakt der Delation Namens seines Pupillen oder Mandanten legitimirt sei; während die herrschende Lehre immer nach der Kenntniß des Vertreters von der Schwurthatsache fragt. Bayer S. 877. Wetzell S. 163.

52) Ueber deren Literatur man Schmid S. 236, Bayer S. 878, Strippelmann §. 53 nachsehen mag.

53) Strippelmann S. 209 ff. S. auch Schmid S. 334.

54) Archiv, Bd. 42. S. 257 ff.

55) Weil man sie nur für den beweisenden, oder für den Vertragseid, nicht aber für einen Eid, der beides zugleich ist, entscheiden kann.

zeugungsfähigkeit beschränkt[56]); allein man hält doch die Relationsbefugniß im Ganzen, d. h. die Disposition der Parteien darüber, wer von beiden schwören soll, aufrecht[57]), was dazu nicht paßt, daß der Eid wesentlich Ueberzeugungsmittel sein soll. Die römischen Regeln über die Annahme des deferirten Eides figuriren noch neben der Gewissensvertretung, welche ihrerseits neben dem ursprünglichen Gedanken des deferirten Eides gar keinen Platz hat. Kurz überall Widersprüche und Unklarheiten.

Nur die Gewohnheit, sich mit dem Gedanken, daß es ja überhaupt nur auf juridische Wahrheit ankommt, zu trösten, hebt in der täglichen Uebung über die schreienden Verstöße gegen die Logik und gegen die Wahrheit hinweg. Wenn man den Eid, der Wahrheit machen soll, nach den formalen Regeln der römischen Delation handhabt, oder wenn man behauptet, daß der so behandelte Eid Beweis erbringt, so ist das freilich in vielen Fällen nur „juridische" und gewiß keine wirkliche Wahrheit. Von da ist es denn ein Leichtes, selbst die Ableistung des Eides[58]) als einen rein formalen Akt zu behandeln.

Dann steht Nichts mehr entgegen, für die persönlichste, individuellste aller Handlungen, die doch nicht mehr blos Vertragsakt sein soll, eine juristische Stellvertretung zuzulassen.[59]) Das „Schwören in die Seele", oder wie man es sonst nennen mag, eines Andern kritisirt sich dem natürlichen Verstand von selbst. Nichts hindert nun, da auch der geleistete Eid nur formale Wahrheit macht, der Verweigerung einfach dieselbe Wirkung, daß nämlich das Gegentheil für juridisch wahr gilt, beizulegen.[60])

---

56) S. oben Not. 41.

57) So sehr, daß ohne Relationsbefugniß gar kein Schiedseid bestehen kann, wie besonders deutlich in dem Streit um das Wesen des Editions- oder Diffessionseides und ähnl. ausgesprochen wird.

58) Diese formale juristische Behandlung wird auch um kein Haar breit anders, selbst wenn man dem Richter, was die religiöse Seite betrifft, fast priesterliche Funktionen zumuthet. Strippelmann §. 82. 83.

59) Die freilich dogmatisch großentheils auf Verwechselung der Pflicht, den deferirten Eid anzunehmen, d. h. auf die Delation einzugehen, und den Eid zu schwören, beruht. S. oben Not. 51.

60) Strippelmann §. 17.

So wird die formellste Behandlung und die formellste Wirkung fertig. Anstatt die festeste, innigste Ueberzeugungskraft in sich zu schließen, wird der Eid solchergestalt gerade zum trüglichsten und verdächtigsten aller Beweismittel. Es ist nicht blos eine mißverstandene, für den Beweiseid nicht mehr passende Reminiszenz an den römischen Vertragseid, daß ihm alle diejenigen Gegenstände entzogen werden sollen, welche der Privatdisposition nicht unterliegen; es ist vielmehr eine Erinnerung an die kanonische Doktrin, daß in causa majori der Eid überhaupt keine Anwendung erleidet, wenn man den Schwur über Delikte, in Ehesachen u. dgl. verwehrt. Der Eid würde, wenn man ihn gestattete, doch nur „juridische" Wahrheit[61] machen, und dieser schämt man sich an einigen Stellen. Der Richter selbst würde, wenn man ihn nach seiner menschlichen Ueberzeugung fragte, oft genug nicht anders sagen können, als daß ihn der Eid nicht überzeugt. Der Grund ist deutlich. Der formale Eid in der legalen Beweistheorie hat keine innere Wahrheitsgarantie.

Seinen inneren Werth hat ihm die juristische Doktrin genommen. Nichts regt während des juristischen Gebrauchs den Gedanken an diese innere Bedeutung an. Fast gedankenlos wird er als das letzte der legalen Mittel angetragen, die Annahme oder Relation ist eine rein juristische Erklärung, wie der Streit über die Statthaftigkeit u. s. w. ein juristisches Spiel. Seine Wirkung ist, wie die Theorie selbst versichert, nicht im Entferntesten unumstößliche, reale Wahrheit. Die Ableistung kann unter solchen Umständen trotz aller Ermahnungen und Gewissensschärfungen nicht zu etwas Anderem erhoben werden. Ja man kann wohl sagen, daß die trockene geschäftliche Erledigung dieses Akts, welche von den auswendig gewußten Floskeln der Meineidsverwarnung bis zum Schlußamen keine andere Sorge hat, als daß blos der gesetzlichen Form genügt wird, das eigentlich Natürliche ist.

III. Neben dem Schiedseid hat die herrschende Lehre den Notheid, nämlich Erfüllungs= und Reinigungseid. Der Gebrauch des letzteren ist in dem Civilprozeß ein verhältnißmäßig sehr

61) Oder blosen Verdacht! S. Strippelmann S. 152, 153.

beschränkter. Um den Charakter der Eideslehre in der Legaltheorie zu kennzeichnen, wird es genügen, wenn auf den Erfüllungseid hingewiesen wird.

Der Erfüllungseid ist zweifellos Wahrheitsmittel. Die eigenthümliche Beschaffenheit eines Quasikontrakts, welche einst der Schiedseid besaß, war hier niemals zu überwinden. Dafür mußte die gesetzliche Beweislehre, indem sie bestimmte, legale Voraussetzungen erheischte, nach einer anderen Richtung hin dem heilsamen Gebrauch Hindernisse bereiten.

Die ganze Lehre von dem Erfüllungseid ruht zunächst auf der Erklärung einiger weniger römischen Stellen [62]), welche dadurch für die gesammte Rechtsentwicklung eine Wichtigkeit erlangt haben, wie kaum andere. Die Auslegung derselben, die ich nicht weiter verfolgen will, führte zu dem bis heute gemeinrechtlich anerkannten Ergebniß [63]), daß der richterlich auferlegte Eid eine bereits erbrachte semiplena probatio voraussetzt. [64])

In diesem Eid hat man ein Mittel der Wahrheitserforschung, welches insofern von Haus aus tauglich erscheint, als es nicht so, wie der deferirte Eid, von der Disposition der Parteien regiert wird. Gleichviel einstweilen, welche Wahrheitstheorie befolgt wird, der Richter hat die Auflegung dieses Eides allein in seiner Gewalt.

So möchte man wohl annehmen; indessen ergibt sich, bei näherer Betrachtung ein Anderes. Nur scheinbar ist der Erfüllungseid der Verhandlungsmaxime entzogen. An die legale Voraussetzung des halben Beweises geknüpft, wird er der richterlichen Gewalt entrückt, zu einem lediglich formalen Grund der juridischen Wahrheit.

Eine Folge der Ansicht, daß der richterlich auferlegte Eid nur dem gewährt wird, welcher schon halb bewiesen hat, habe ich oben bereits erwähnt. [65]) Erst hierdurch wurde es nothwen-

---

62) L. 31. de jurej. 12, 2 u. L. 3. Cod. de reb. cred. 4, 1.

63) Wetzell §. 26.

64) Der Begriff der semipl. prob. hat indessen viel von seiner früheren Schärfe verloren. Strippelmann, die nothw. Eide §. 13—16.

65) S. Not. 41.

dig, den Schiedseid für den Fall gänzlichen Mangels an legalem Beweis zum Beweismittel zu stempeln.

Die andere Folge jener Ansicht, welche den Gebrauch des vom Richter ausgehenden Eides äußerlich sehr beschränkte, besteht darin, daß dieser letztere gerade so der alleinigen Verfügung des Richters entzogen wurde, wie der Schiedseid der alleinigen Verfügung der Parteien. Allerdings hat der Richter die Voraussetzungen des Erfüllungseides zu prüfen, denselben dem Beweiszweck entsprechend zu reguliren[66]), ihn mit einem Wort aufzulegen. Allein die alte Kontroverse, ob die Auflage ex officio, ohne Antrag der Partei erfolgen darf, ist inmitten der Verhandlungsmaxime unbedenklich zu verneinen, wenn man sich nicht in offenbare Inkonsequenzen stürzen will.[67]) Wäre dem aber auch nicht so, so steht doch soviel fest, daß diejenige Partei, welche halb bewiesen hat, sich ein Recht auf den Erfüllungseid zuschreiben kann. Stellt sie den Antrag auf Gewährung dieses Eides, so muß ihn der Richter geben; wie umgekehrt der Gegner sich über Rechtsverletzung beschweren kann, wenn ohne vorgängigen halben Beweis der Eid auferlegt wird.[68])

Nicht minder ist legal vorgeschrieben, welchen Effekt die Ableistung und Verweigerung herbeiführt. Die Parteien haben wieder ein Recht auf diese Folge.

Der Eid aber, auf dessen Gewährung und Wirkung die Parteien, gestützt auf legale und folglich formelle Vorbedingungen,

66) Daß dieser Eid in der Regel auf reine Thatsachen gehen wird, obgleich niemals alle Schlußfolgerung ausgeschlossen werden kann, ist begreiflich. Schmid, S. 410. Strippelmann a. a. O. S. 65. 153. Wetzell, S. 171.

67) Bayer, S. 912. Strippelmann, S. 151. Wetzell, S. 172. Andere Schriftsteller behandeln dagegen oft die Auflage des Notheides als eine Delation des Richters an die Parthei (a judice parti im Gegensatz von a parte parti).

68) Mit diesen objektiven Erforbernissen fällt dann die freie Berücksichtigung der subjektiven Momente, der Glaubwürdigkeit u. s. w. der einen oder andern Partei fast ganz hinweg. S. dag. Seuffert, Archiv Bd. 3 S. 328. Die ältere Lehre hatte auch eine Reihe legaler subjektiver Auflegungsgründe, von denen aber nicht viel mehr übrig ist. Schmid, S. 413. Bayer, S. 913.

Anrechte haben, steht thatsächlich unter der Verhandlungsmaxime. Er ist also innerlich von dem Schiedseid, welcher als formales Beweismittel gilt, gar nicht verschieden. Die einzige Verschiedenheit liegt in den für den inneren Charakter unwesentlichen Formen der Handhabung, denen zufolge dort die Thätigkeit der Parteien, hier die Thätigkeit des Richters als Initiative des Eides etwas mehr in den Vordergrund tritt. Aber beide sind formale Beweismittel, mithin auch der Erfüllungseid vor der Entwerthung, in welche dadurch der Schiedseid versetzt worden ist, keineswegs geschützt.

Im Gegentheil ist die Natur des Erfüllungseides, welcher ja die Partei schon durch den Namen darauf verweist, daß sie formal halb gewonnen hat, erfahrungsgemäß ganz besonders dazu angethan, die Gewissenhaftigkeit von der realen Wahrheit abzulenken.

IV. Mit diesen Bemerkungen über die Mißstände der herrschenden Eideslehre ist auch die Reform derselben angedeutet. Daß sich der Eid nicht ganz und gar beseitigen läßt, wurde bereits oben bemerkt. Er braucht aber auch nicht beseitigt zu werden, sobald er nur rationell gehandhabt wird.

Ein verständiger Gebrauch des Eides kann aber nur da stattfinden, wo er der materiellen Wahrheit dient, mithin nur in einer Beweistheorie, welche mit freier Logik auf dieses Ziel hinarbeitet. Wenn die freie Beweistheorie den Eid als Erkenntnißmittel nicht entbehren kann, so muß seine Benutzung lediglich von dem gewissenhaften und logischen Ermessen des Richters abhängig sein. Der Richter soll dadurch überzeugt werden, und zwar von der materiellen Wahrheit, mithin ist es seine Sorge, den Eid so zu benutzen, daß er diesen Zweck erreicht.

In diesem Sinn verlangt das Rechtsbedürfniß einen Beweiseid.

Das feierliche Zeugniß oder die eidliche Bekräftigung der Partei schließt sich einerseits an die unbeschworene Erklärung derselben, andrerseits an das Zeugniß und die eidliche Versicherung dritter Personen an. Ich habe früher ausgeführt, worauf die Glaubwürdigkeit der letzteren beruht. Die Möglichkeit, daß auch das unbeschworene Zeugniß überzeugend sein kann, vermag die

natürliche Einsicht nicht in Abrede zu stellen.[69]) Auch dort ergab sich die Folgerung, daß von dem Eid nur nach Bedürfniß, als von einem besonderen, nicht unumgänglich mit der Zeugenaussage verbundenen Mittel Gebrauch gemacht werden soll.

Ebenso verhält es sich mit dem Eid der eigenen Erklärung der Partei gegenüber. Die blanke Aussage der Partei selbst kann unter Umständen auch da, wo sie nicht unter die Rubrik des Geständnisses, d. h. der bindenden nachtheiligen Erklärung, fällt, von der freien Einsicht als wahr anerkannt werden. Dann bedarf es des Eides nicht mehr. Allein in der Regel wird die eigene Behauptung des Streittheils an und für sich der Ueberzeugung nicht genügen. Das eigene Interesse kann, selbst wenn man von der breitesten Unterstellung voller Wahrheitsliebe ausgehen möchte, diese zu leicht trüben.

Wo es an jedem Mittel, auf anderem Wege zur endgültigen Ueberzeugung der Wahrheit zu gelangen, fehlt, mag daher der Richter noch zu dem Eid greifen; sei es, daß er damit die Wahrheit einer Zeugenaussage, oder einer Parteienbehauptung zu erproben gedenkt.

Handelt es sich um Parteienbehauptungen, so ist, wenn sonstige Bestimmungsgründe mangelen, der Richter jedesmal in die Wahl versetzt, ob er der einen, oder der andern Partei den Eid auflegen will.

Nach welchen Rücksichten soll nun der Richter den Beweiseid auferlegen? Die Antwort ist einfach: nach bester Einsicht.

Für diese können auch hier wieder alle möglichen sachlichen und persönlichen Gründe erheblich werden.

Gewiß ist es, was die ersteren betrifft, sehr wichtig, wenn der Richter, wiewohl er sich noch nicht überzeugt erklären kann, bereits eine mehr oder minder starke Wahrscheinlichkeit erkannt hat. Insofern stützt sich die Theorie des Erfüllungseides, wie die meisten Lehren der Legaldoktrin, von Haus aus auf ein ganz richtiges Argument. Natürlich wird der verständige Richter geneigter sein, den Eid so aufzulegen, wie ihm die Wahrheit schon einigermaßen glaublich geworden ist. Allein es ist ebenso natür=

69) Bd. 42 S. 270.

lich falsch, den Richter dazu unbedingt zu nöthigen; denn es kommt neben dieser objektiven Rücksicht auf die bereits vorliegende Wahrscheinlichkeit[70]), wie gleich zu erwähnen sein wird, mit voller Gleichberechtigung auch die subjektive Würdigung der Persönlichkeiten in Betracht.[71])

Noch irriger aber ist es, wenn die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit nach juristischen Regeln bemessen wird, da sie doch, wie die Wahrheitsüberzeugung selbst, sich nur nach inneren Gründen bestimmen kann. Die probatio semiplena ist der Ausdruck der legalen Wahrscheinlichkeit. Es wird nicht gefragt, ob der eine, oder der andere Streittheil die größere innere Wahrscheinlichkeit durch die bislang vorgebrachten Beweise und Deduktionen für sich habe, sondern nur, ob das legale Maas des halben Beweises erreicht sei.[72]) Wieviel dazu gehört, bestimmt sich wieder nach den legalen Beweisregeln. So wird die Voraussetzung des Eides in der herrschenden Lehre zur blos formalen, welche weder dafür bürgt, daß der Semipleneprobant mehr innere Wahrheit, als sein Gegner, noch auch häufig dafür, daß er überhaupt innere Wahrscheinlichkeit für sich habe.

Die freie Beweistheorie will ebensowenig legal definiren, welche Wahrscheinlichkeit erforderlich ist, um die Auflage des Eides zu rechtfertigen, wie sie legal definirt, was dazu gehört, um für wahr halten zu können.[73]) Die Uebelstände, welche für den Eid daraus erwachsen, daß er an die blos formelle Voraussetzung der semiplena probatio geknüpft sein soll, sind denn so offenbar und so empfindlich, daß in Prozeßordnungen, welche sonst die legale Beweistheorie keineswegs aufgeopfert haben, der

70) Ebenso wie die Wichtigkeit der Sache und der dadurch gebotene Anreiz zu einem Eide selbst gegen die Wahrheit, die causa favorabilior in manchen Fällen u. dgl. ihren unbestreitbaren, aber nur relativen Werth hat.

71) Wie schon Donell com. lib. 24. c. 19. §. 9 ganz im Sinne des röm. Rechts ausführte.

72) Die Existenz des legalen Begriffs der semiplena probatio hängt ganz allein an dem Erfüllungseide. Ist derselbe hier entbehrlich, so fällt er überhaupt weg.

73) Ueber die künstlichen Unterscheidungen, ob das Niveau des halben Beweises erreicht, bzw. überschritten sei, oder nicht, s. Strippelmann S. 223.

Gebrauch des Eides dem richterlichen Ermessen überantwortet ist; gewiß ein Fortschritt, aber nur ein halber, oder der Anfang des Fortschritts.

Neben der inneren Wahrscheinlichkeit der sich entgegenstehenden Parteibehauptungen muß die Person geprüft werden. Wie die Person und die Aussage zusammen erst die wahre Bedeutung des Zeugnisses ergeben, so garantirt erst die Verbindung der glaubhaften Persönlichkeit und der glaubhaften Erklärung den Erfolg des Eides und bedingt folglich dessen Auflage. Der Richter soll und muß prüfen, ob er von demjenigen, welchem er den Eid zuwenden will, die hierzu erforderlichen Eigenschaften der Gewissenhaftigkeit, der Heilighaltung des Eides, der sittlichen Würde u. s. w. zutrauen kann.

Der Richter hat in dieser Hinsicht nur unter den Parteien sich zu entscheiden, wenn er die Dritten, welche heut zu Tage mitunter für den Schiedseid herangezogen werden, vermöge der freien Beweistheorie ungehindert als Auskunftspersonen heranziehen darf.[74] Ob er den Kläger, oder den Verklagten auffordern soll, die Wahrheit seiner Behauptung zu beschwören, hängt davon ab, welcher von beiden theils durch seine Kenntniß der zu beweisenden Dinge, theils durch seinen Charakter die meiste Ueberzeugungsfähigkeit darbietet.

So erreicht sich das, was die herrschende Lehre unter den Formen der Eidesdelation und Relation so mühselig anstrebt, daß nämlich der Eid an die Partei kommt, welche die beste Kunde hat, ganz leicht von selbst.

Man mag dagegen auch nicht einwenden, daß im Civilprozeß dem Richter die Kenntniß von dem Charakter oder dem Wissen der Parteien fast immer abgeht. In dem Civilprozeß lassen sich die Parteien häufig vertreten; der Richter bekommt sie häufig nicht zu Gesicht. Dies ist wahr, und es erklärt sich daraus guten Theils das uns leicht unverständlich erscheinende, und doch sehr rationelle System der römischen Prozeßvertretung. Allein einmal würde vermuthlich die mündliche Verhandlung manche Partei

---

74) Alle Streitfragen, welche sich auf diesen Punkt beziehen, verschwinden in der freien Beweistheorie von selbst.

persönlich in die Gegenwart des Richters bringen, welche ihm in dem schriftlichen Prozeß völlig unbekannt bleibt; außerdem aber bleibt dem Richter nothwendig die Befugniß, um des Wahrheitszweckes willen, dem sich auch die Parteien fügen müssen, Ermittlungen über die Schwurfähigkeit in jeder beliebigen Weise anzustellen.

Bei solcher Handhabung des Eides verschwinden alle Kontroversen, welchem von mehreren Streitgenossen, Korrealschuldnern oder Gläubigern, welchen Korporations-, Direktionsmitgliedern u. s. w. der Eid auferlegt werden soll.[75] Nach der einen Rücksicht, wie er der Wahrheit am besten dient, mag der Richter alle, oder mehrere, oder einen zum Eid auffordern.

Ein Anrecht auf den Eid gibt es hier nicht mehr.[76] Die Parteienbefugniß ist vollständig ausgeschlossen. Keine Partei kann den Richter rechtlich nöthigen, ihr den Eid zu geben; sie kann ihn nur logisch durch ihre Argumente zu bestimmen suchen, durch ihren oder des Gegners Eid Ueberzeugung zu erwarten. Wohl aber gibt es eine allgemeine Bürgerpflicht des Eides, von der die Partei so wenig, wie der Zeuge ausgenommen werden kann.

Derjenige, welchem der Beweiseid vom Richter deferirt wird, hat also kein Recht, denselben abzulehnen[77]), oder auf den Gegner zu wenden; wenn er auch vielleicht durch gerechte Gründe den Richter noch nachträglich bestimmen mag, den Eid zurückzunehmen.[78] Die Gewissensvertretung braucht hier kaum erwähnt zu werden.[79] Denn es ist klar, daß in einem möglichst vollständigen mündlichen Verfahren, in welchem der Eid als letztes Mittel benutzt wird, nicht leicht Gelegenheit mehr sein

75) Während die herrschende Lehre selbst bei dem Erfüllungs-, also richterlich auferlegten Eid alle die Streitfragen über Schwurpflichtigkeit und Schwurberechtigung durchmachen muß.

76) S. oben Not. 68.

77) Also auch nicht zu referiren. Schmid, S. 415 Not. 38. Strippelmann, S. 157.

78) Wie nach L. 12. §. 2. Cod. h. 1.

79) Von Neueren wird die Gewissensvertretung und der Gegenbeweis gegen den Erfüllungseid verworfen. Vgl. Schmid, S. 416. Strippelmann, S. 157. Wetzell, §. 26 a, E. Die Meinungen waren früher sehr schwankend.

kann, den Eid durch andere Beweise zu ersetzen. Ist es dennoch der Fall, daß der Delat weitere Beweise zur Hand hätte, so bleibt es eine Frage der Restitution oder Wiederaufnahme der Beweisverhandlung, wie diese noch zur Geltung zu bringen sind. Die Theorie der materiellen Wahrheit wird selbst verständlich in solchen Formfragen so nachgiebig, als möglich, sein.

Da der Eid kein Recht der Partei ist, vielmehr vom Richter um der Wahrheit willen und gerade von einer oder mehreren bestimmten Personen verlangt wird, so können die Zweifel über den Uebergang auf die Erben oder sonstige Nachfolger gar nicht entstehen.[80] Der Richter deferirt den Eid mit vorzüglicher Rücksicht auf die Individualität des Delaten. Ob ihn die Rechtsnachfolger durch ihren Eid ebenso überzeugen würden, wie jener, ist eine ganz neue Frage. Eine Vererbung, oder ein Uebergang dieses Eides ist mithin unbenkbar.

Daraus folgt zugleich, daß eine Stellvertretung in der Ableistung niemals stattfinden kann. Dadurch würde eine andere Person untergeschoben, mithin ein wesentliches Moment der Ueberzeugung verrückt. Dem Stellvertreter den Eid aufzulegen, ist dem Richter freilich nicht verwehrt; alsdann wählt er eben diesen als Auskunftsperson, nicht die Partei selbst.[81]

Man kann noch die Frage aufwerfen, ob der Richter an die einmal gemachte Eidesauflage gebunden sein soll, oder ob er davon wieder abgehen darf. Für den heutigen Erfüllungseid ist dies von jeher streitig gewesen, und insofern derselbe ein Recht der Parteien bildet, nicht leicht die richterliche Befugniß zu bejahen.[82] Anders, wenn der Richter die Stellung zu dem Eide einnimmt, wie sie hier geschildert worden ist. Prinzipiell wird sich dagegen nicht streiten lassen, daß der Richter einen Beweis-

80) Ueber die große Streitfrage, welche eine doppelte Richtung hat, nämlich ob die Erben berechtigt, oder ob sie verpflichtet sind, den Eid zu behalten, nach der Legaltheorie, s. Schmid, S. 380. Strippelmann, Eideszuschiebung §. 77.

81) Darnach muß auch die Stellvertretung derjenigen betrachtet werden, welche, wie der Landesherr, von der persönlichen Eidespflicht entbunden sind.

82) Der Richter würde ja das Anrecht der Partei auf das suppletorium verletzen.

eid, dessen er nicht mehr bedarf, oder gegen den er mißtrauisch geworden ist, kurz von dem er keine Ueberzeugung mehr erwartet, für abfällig erklären darf. Dies folgt unbedingt daraus, daß aller Beweis nur die richterliche Ueberzeugung bezweckt. Indessen erhellt zugleich, daß der Zweifel, ob der Richter von dem Eide abgehen darf, eine geringe praktische Bedeutung hat. Es wird vorausgesetzt, daß der Richter nur in Ermangelung anderer Beweismittel und causa cognita zur Eidesauflage gelangt. Es läßt sich mithin zur Zurücknahme derselben kein anderer füglicher Grund denken, als der, daß der Richter dazu bewegende neue Argumente, das heißt in der That nichts Anderes, als neue Beweise findet. Ist dies wirklich der Fall, so ist eine neue Erwägung vollständig gerechtfertigt. Allein es erhellt, daß dies sehr selten der Fall sein wird, wenn die Beweisverhandlung von Haus aus eine möglichst erschöpfende ist, wie es denn eine weitere Frage bleibt, unter welcher prozessualischen Form der Restitution, Wiederaufnahme der Verhandlung u. s. w. den neuen Beweisen Eingang verschafft werden kann.

Ganz ähnlich verhält es sich mit den Folgen der Ableistung, oder die Verweigerung des Beweiseides. Es würde der freien logischen Theorie widersprechen, wenn der Richter jederzeit genöthigt sein sollte, das Beschworene für wahr, das Verweigerte für unwahr zu halten.[83] Auch bedarf es hier keiner absoluten Regel. Die Auflage des Eides kündigt an, daß von der Ableistung die Ueberzeugung erwartet wird. Mithin ist es schon nach einfacher menschlicher Erwägung selbstverständlich, daß durch den Eid wirklich die Ueberzeugung festgestellt wird.[84] Ergeben sich jedoch z. B. durch die Art der Ableistung Gegengründe, so sind diese, wenn sie jene Ueberzeugung unmöglich machen, sicher so erheblich, daß es ungerecht wäre, nur darum für wahr zu erklären, weil geschworen worden ist. Ebensowenig verträgt es sich mit der freien Beweisprüfung, auf die Verweigerung des

83) Die Legaltheorie fragt auch bei dem Erfüllungseid nur noch, an juratum sit. Strippelmann, nothw. Eide, S. 159. Schmid, S. 414.

84) Daher heißt es: solent judices secundam jurantem judicare. L. 31. h. t. — Puchta, Just. Bd. 2, S. 201. Haffter, §. 234, Not. 97.

Eides einen formellen Rechtsnachtheil zu setzen. Die Verweigerung ist eine Thatsache, welche selbst wieder frei zu prüfen ist.[85]) Es kann sein, daß sich ergibt, wie die Verweigerung aus ganz anderen Gründen, als aus dem Mangel der Ueberzeugung bei dem Delaten hervorgeht. Und dann wäre es wieder ungerecht, daraus einen ungünstigen Schluß zu ziehen. Die Nichtableistung versetzt den Richter in die Lage, nach dem Stand der Sache, den sie vor der Eidesauflage hatte[86]), unter Berücksichtigung der Thatsache der Nichtableistung sein Urtheil abzugeben.[87]) In der Regel wird natürlich auch der freien Logik die unentschuldigte Weigerung als Geständniß, daß der Eid nicht geleistet werden kann, gelten müssen[88]); umsomehr, wenn schon die Auflage wesentlich die persönliche Gewissenhaftigkeit mit in Erwägung gezogen hat. —

Mit dem einen einzigen Beweiseid, dessen Grundsätze ich so eben in ihren Hauptzügen angedeutet habe, würde aber der größte Theil der Eideslehre erledigt sein. Für die freie Beweistheorie verschwinden alle jene zwitterhaften Eidesarten, an deren klarer Gestaltung die Wissenschaft und die Praxis von jeher vergeblich gearbeitet haben. Es bedarf nur eines einzigen Eides, dieser ist aber überall anwendbar, wo der Richter überzeugt sein will.

Von diesem Satz aus verschwindet zunächst als eigene Eidesart der Reinigungseid, der freilich auch schon in der herrschenden Lehre trotz aller Versicherungen der „eigenthümlich germanischen" Natur Nichts, als ein Seitenstück des Erfüllungseides darstellt.[89])

---

85) L. 11 Cod. de sent. 7, 45. Vgl. freilich L. 12. §. 2. Cod. h. t. und L. 21. Cod. de fid. inst. 4, 21.

86) L. 12 §. 2. Cod. h. t.

87) Oder direkten Zwang zum Eid anzuwenden. Strippelmann, S. 160.

88) In der Legaltheorie hat aber der Rechtsnachtheil der Eidesweigerung, nämlich die Annahme des Gegentheils, bei dem Erfüllungseid die Inkonsequenz, daß doch schon halb vorher bewiesen war. Vgl. Schmid, S. 415.

89) Indem er da stattfindet, wo noch nicht einmal, oder nur semiplene bewiesen ist. Allein er ist stets im Widerstreit mit der Grundregel der Verhandlungsmaxime: actore non probante absolvitur reus. Es bedarf daher besonderer Gründe, die den reus nöthigen, erst die absolutio, welche ihm von Rechtswegen schon zukommt, durch den Eid zu verdienen.

Bei dem freien Beweiseid ist es geradezu freies Ermessen, ob der eine, oder der andere Theil lieber schwören soll. Damit hat der Reinigungseid, wie der Erfüllungseid als solcher seine Endschaft erreicht.

Der Perhoreszenz-, Appellations-, Restitutions-, Armeneid 90) und wenn es dieser Spezies sonst noch welche gibt, sammt dem Kalumnieneid, der sie alle der Sage nach erzeugt haben soll, werden nicht minder überflüssig. Alle diese Eide haben den Zweck, dem Richter Beweis zu liefern, oder, wie die Doktrin es nennt, zu bescheinigen, d. h. nicht gerade zu beweisen, sondern nur wahrscheinlich zu machen, oder den — allerdings in dem modernen Prozeß sehr präsumtiven — Verdacht der Unwahrheit auszuschließen. Sehr bezeichnend für den Werth des Eides hat man denselben gerade zum spezifischen Bescheinigungsmittel gemacht. Nichts zeigt tiefer seine juristische Herabwürdigung, als daß man ihm nur so ungefähr halbe Beweiskraft beilegte. In Folge dessen werden denn auch Restitutionseide u. dgl. als reine Formalitäten ohne alles Besinnen geschworen. Es wäre daher gewiß kein Unglück, wenn dies durch einen einheitlichen Beweiseid anders würde.

Die rationelle Beweislehre kennt, wenn überhaupt eine Bescheinigung im Gegensatz des Beweises, wieder nur eine Bescheinigung, die dem Richter geliefert wird. Der Richter hat zu erwägen, wie er sich einstweilen oder definitiv eine Behauptung glaublich machen will. Dazu dient ihm wieder jedes Mittel, schließlich auch der Eid. Soll der Restitutionsgrund, der Perhoreszenzgrund u. dgl. dargethan werden, so kann dazu gewiß auch der Eid benutzt werden. Zunächst nur subsidiär; allein wenn der Richter wahres Vertrauen zu der Gewissenhaftigkeit der Partei hat, warum sollte er nicht auch den Eid von vorn herein, ohne erst nach andern Beweismitteln zu fragen, anwenden dürfen, um seine Ueberzeugung zu befestigen? Dem steht Nichts entgegen. Man überlasse also auch die Bescheinigung dem Richterermessen und an die Stelle dieser formalen Eide, die ein wahrer Mißbrauch sind, wird eine verständige, wählerische Benutzung des Eides treten, welche denselben fürder gerade als das intensivste

90) S. Strippelmann, nothw. Eide. Abth. 2.

Mittel erscheinen läßt, wenn es der auf anderem Wege vielfach zu erübrigenden Bescheinigung noch bedarf.

Daß es einen Eid geben kann, der als Beweiseid nicht blos eine subsidiäre Stellung einnimmt, vielmehr als das erste Ueberzeugungsmittel erscheint, lehrt der Schätzungseid. Auf die überaus verwickelte Lehre hier näher einzugehen, ist unmöglich. Ich muß mich begnügen, darauf hinzuweisen, daß er, nur durch seine Nichtsubsidiarität ausgezeichnet, für die freie Beweistheorie in dem Beweiseid aufgeht.

Bei anderen Eidesarten, dem Diffessionseid und Editionseid muß man unterscheiden, ob sie in Wahrheit beweisen sollen, oder nicht. Ist dies der Fall, so sind sie Nichts, als Beweiseide. Anders wenn für den Editionseid der Gesichtspunkt gelten soll, daß die Gegenpartei ein Recht hat, auf diesem Wege dem angeblichen Editionspflichtigen einen Zwang durch Gewissenstortur aufzulegen. Ich habe mich schon früher für einen andern Gesichtspunkt ausgesprochen.[91])

Diese Bemerkungen werfen denn auch einiges Licht auf die rationelle Behandlung des Manifestationseides. Denselben wird man schwerlich als einen dem Richter abzuleistenden Beweiseid fassen können. Hier tritt also das Recht der Gegenpartei in den Vordergrund, von der man daher lieber sagt, daß sie eidliche Manifestation, anstatt daß sie den Manifestationseid verlangen kann. Dieser Eid aber geht als eigene Spielart vollkommen in dem andern Eid unter, den wir jetzt betrachten müssen.

IV. Dies ist der echte Schiedseid. Während der vom Richter auferlegte Beweiseid die Wahrheit durch den Gewissenszwang ermitteln will, will der Antrag des Schiedseides, den Streit ohne Beweisaufnahme durch das Gewissen des Schwörenden erledigen. Wir begegnen also bei dem Eid jenem nämlichen Gegensatz, der sich bei Urkunden, Geständnissen u. s. w. zeigt. Der Eid kann als Beweis und als Dispositionsakt (Vergleich) fungiren. Mit dem Schiedseid ordnen die Parteien ohne richterliche Thätigkeit, oder nur unter einer allgemeinen Kontrole des

---

91) S. S. 36 dieses Bandes.

Richters, welche keine Kognition, sondern nur die Leitung eines freiwilligen Vertragsakts darstellt, selbst ihr Streitverhältniß.

Den Beweiseid wird, wie oben bemerkt, die gerichtliche Wahrheitserforschung schwerlich jemals entbehren können. Der Beweiseid in dem oben dargestellten Sinne, nämlich derjenige, der auch inopia probationum, d. h. bei gänzlichem Mangel an anderem Beweis auferlegt werden kann, läßt den Schiedseid, soweit er diese Funktion erfüllte, in sich aufgehen. Eine andere Frage ist es, ob der seiner wahren Vertragsnatur wiedergegebene Schiedseid nothwendig sei. Die richterliche Wahrheitserforschung steht dazu in keiner Beziehung. Es fragt sich, ob man der Selbstbestimmung der Streitenden in dem Eid ein Mittel geben will, sich ohne richterliche Kognition zu helfen.

Diese Frage bejahe ich unbedenklich. Wie sehr sich die herrschende Lehre gewöhnlich dagegen sträubt, den Eid lediglich der Handhabung durch den Privatwillen zu überantworten, ist bereits erwähnt worden. Es bedarf aber kaum noch der Ausführung, daß dieß gerade dann und nur dann unbedenklich erscheint, wenn eben jene völlig freie Selbstverwaltung des Eides wieder eintritt, die das römische und das deutsche Recht lehrt und die sich dort viele Jahrhunderte lang vollkommen bewährt hat. Die Geschichte des Eides lehrt andrerseits, daß juristischen Regulative und alle Präventivgesetze, welche ihn der objektiven Regel oder der strengen Beaufsichtigung des Richters unterwarfen, nichts genützt haben. Man mag es daher immerhin schon aus diesem Grunde einmal mit der eigenen Verantwortung der Betheiligten versuchen, welche die Probe bereits abgelegt hat.

Daß die Verhältnisse des römischen Lebens so sehr andere als die heutigen, gewesen, wird Niemand in Bezug auf den Eid nachweisen können, am wenigsten behaupten wollen, damals sei die Achtung vor der religiösen Bedeutung des Eides noch größer gewesen. Daß der Eid, insoferne er Beweis erspart und auf die einfachste Weise den Streit beendigt, ein nützliches Rechtsinstitut sei, wird Niemand leugnen mögen. Die Sorge kann nur die sein, ob er dies Ziel der Wahrheit, und zwar der realen Wahrheit entsprechend erreicht. Der hergebrachten juridischen Ansicht, der diese Sorge um die reale Wahrheit sonderbar ge=

nung ansteht, läßt sich aber erwidern, daß dies Sache der Parteien ist und gerade durch die volle Selbstverantwortung und die volle Freiheit des Privatwillens am sichersten gedeckt wird.

Eine Herabwürdigung des Eides kann man vernünftigerweise darin, daß derselbe gleichsam in die Hand der Privaten gelegt wird, nicht erkennen. Im Gegentheil muß die freie Wahl, der Vorzug, den dieselbe dem Gewissen des Gegners vor der richterlichen Ermittlung der Wahrheit gibt, den Eid hoch stellen. Geht man auf den Grund, so ergiebt sich schließlich, daß es zumeist religiöse Meinungen sind, welche die Stellung des Eides in der Rechtslehre beeinflussen. Mit dem rechten Schiedseid wird es unvermeidlich, den Parteien auch den römisch rechtlichen Einfluß auf die Gestaltung der Formel zu eröffnen. Und das möchte man um jeden Preis vermeiden, wenn man, die religiöse Seite des Eides als die allein berechtigte Grundlage festhaltend, nur eine specifisch dogmatische Formel als gültige anerkennt. Es darf aber darauf hingewiesen werden, daß gerade die freiere Einwirkung des Einzelwillens dazu beitragen wird, den hier nicht näher zu erörternden Streit um das Wesen und die Kompetenz des Eides lösend, dem Recht zu geben, was des Rechtes und der Kirche was der Kirche ist. Das Recht kann sicherlich nichts dagegen einwenden, wenn die Betheiligten von dem Ausdruck der innersten Ueberzeugung ihr Recht abhängig machen, gleichviel wie er lautet, wenn er nur das volle Vertrauen derselben auf seine Wahrhaftigkeit für sich hat.

Die Grundsätze für den Gebrauch des gerichtlichen Schiedseids näher darzustellen, erscheint überflüssig. Man darf durchaus auf das römische Recht verweisen, dessen Lehre von dem juramentum delatum schon von Donell und von Neueren mit voller Klarheit, freilich ohne praktischen Nutzen der juristischen Tradition gegenüber, entwickelt worden ist. Eine bessere Organisation, als die Juristen der klassischen Rechtsbehörde diesem Institut gegeben haben, wird sich schwerlich ausdenken lassen. Ohnehin stimmt der von fremdartigen Beimischungen gereinigte Schiedseid wie ich wiederholen muß, mit der Idee des altdeutschen Stellers ins Gewissen im Wesentlichen überein.

V. Zum Schluß muß noch ein Blick auf die doppelte Form

welche die herrschende Lehre, sowohl für den Schiebs= als auch für den Erfüllungs= und Reinigungseid hat, geworfen werden. Die heutige Legaltheorie unterscheidet die Wissens= und Glaubensform [92]). Diese Unterschiebung stützt sich auf den Grund der zu der eidlichen Versicherung erforderlichen Kenntniß der betreffenden Thatsachen.

Unstreitig ist der Grund der Kenntniß für die richtige Beurtheilung in Anwendung des Eides von größtem Belang. Unstreitig ist die Unterscheidung des Wissens und des bloßen Glaubens eine sehr rationelle. Allein es handelt sich hier wieder um einen Gegensatz, der nur konkret getroffen werden kann. Nicht der rein äußerliche Umstand, daß es sich um eine sogen. eigene Thatsache des Schwörenden, sondern erst die Prüfung aller Verhältnisse kann ergeben, ob man der Kenntniß desselben das Prädikat „Wissen“ oder „Glauben“ beilegen darf.

Wissen und Glauben fließen, zumal das leichtfertige Glauben von vornherein ausgeschieden wird [93]), so aneinander, daß eine abstrakte Trennung gar nicht möglich ist. Man sagt zwar, und legt diese Ansicht auch in der Zeugnißlehre vielfach zu Grunde, daß das Wissen auf eigener Sinnenwahrnehmung, das Glauben auf Schlußfolgerungen beruht. Indessen bedarf es keiner großen Ueberlegung, um zu erkennen, daß das Wissen nicht minder eine Reflexion über das sinnlich Wahrgenommene, welches dadurch erst gewußt wird, bedarf, wie das Glauben. Die ganze Unterscheidung liegt darin, daß dort die Ueberzeugung einen kürzeren, hier einen längeren Weg, nämlich aus entfernter liegenden Wahrnehmungen oder aus nur Gehörtem [94]) u. dgl., zurückzulegen hat. In beiden Fällen bedarf es irgendwelcher sinnlicher Perzeption und reproduzirender oder urtheilender Reflexion.

Die einfachste Aussage über die einfachste Thatsache bildet stets zugleich das Ergebniß einer Denkoperation, die man Urtheil, Repro=

---

92) Die Glaubensform ist zwar schon vielfach angefochten worden — s. Savigny, Syst. Bd. 7. S. 65. Strippelmann, Eideszuschiebung S. 73 Not. 44 — allein sie ist jedenfalls noch vollkommen praktisch.

93) Strippelmann S. 78.

94) was am Ende auch sinnlich wahrgenommen ist.

duktion oder wie sonst nennen mag. Das Glaubensresultat kann sehr wohl das Ergebniß einer kürzern und zuverlässigern Verstandsprozedur sein, als das sog. Wissen einer sinnlich wahrgenommenen Thatsache. Es führt mithin zu ganz falschen Konsequenzen, wenn die juristische Theorie den Unterschied von Wissen und Glauben, der nur eine subtil konkrete Wahrheit hat, zu abstrakten Legalbegriffen fixirt; gerade so, wie es zu Nichts, als Verwirrung führt, wenn man auf den vermeintlichen Unterschied des direkten und indirekten Beweises, wesentliche Folgerungen gründet [95]).

Die Folgen in der Eideslehre sind bekannt. Jedermann weiß, daß durch die Form an der Verantwortlichkeit des Schwörenden Nichts geändert wird. Der Glaubende soll so gut, wie der Wissende, seine volle Ueberzeugung beschwören und keiner kann mehr beschwören. Aber Niemand kann wieder die Vorstellung ausrotten, daß der Glaubenseid eine geringere, erleichterte und daher leichter zunehmende Form darbiete. Die Partei hat, sobald es nicht ein factum proprium gilt, ein Recht, blos dem Glauben nach zu schwören [96]).

Allein es ist umgekehrt durchaus kein Grund, die Glaubensform ganz zu verwerfen. Die verständige Unterscheidung, ob der Schwörende aus eigener Wahrnehmung, oder durch Andere, ob er ganz bestimmt, oder nur auf Wahrscheinlichkeit gestützt, weiß, hat ihre vollste Berechtigung. Damit kann der Richter den realen Verhältnissen und der Gewissenhaftigkeit des Schwörenden den besten Dienst thun, zugleich aber auch die unglückliche Meinung, daß der Glaubenseid viel leichter zu schwören sei, als der Wisseneid, nicht mehr aufkommen lassen.

Will man nun die hier angedeuteten Sätze auf die einzelnen Eidesarten anwenden, so ergibt sich bald, daß bei dem Schiedseid nach römischem Muster zu der besonderen Form des Glaubens gar keine Veranlassung ist. Dieser Eid richtet sich regelmäßig auf das Rechtsverhältniß im Ganzen. Ob der Delat aus eigener Kenntniß weiß, oder nicht, ist nur ein Motiv, welches der Deferent bei der Erwägung, ob er deferiren soll, berücksich-

95) wie Kurhessen in der Strafjustiz bis zur Stunde empfindet.
96) Ueber die Voraussetzungen im Nähern s. Strippelmann S. 77.

tigen muß. Wie ferner der Delat sich dem deferirten Eid gegenüber verhalten muß, ist seine Sache; bei fremden Thatsachen mag er sich erkundigen, um gewissenhaft schwören zu können [97]). Man kann nur bedenken, ob der Delat gezwungen werden kann, den Eid über ihm ganz fremde Dinge anzunehmen [98]). Zu dem bestimmten Ausdruck des Wissens- oder Glaubensgrundes im Eide selbst ist keine Veranlassung.

Bei dem Beweiseid dagegen, der sich auf Thatsachen bezieht, hat der Richter das Verhältniß der Partei zu der fraglichen Thatsache schon bei Auflegung des Eides zu berücksichtigen. Er kann hier nach verständigem Ermessen die Form des Eides so einrichten, wie sie dem Zwecke am besten entspricht [99]).

Dasselbe gilt denn auch von den negativen Eiden des Nichtwissens und Nichtglaubens [100]).

XVI.

Der gegenwärtige Stand der Leistungen der Gesetzgebung und Wissenschaft auf dem Gebiete des bürgerlichen Verfahrens mit besonderer Rücksicht auf die neuesten Gesetzgebungsarbeiten von Piemont, Königreich der Niederlande, Waldeck, Lippe-Detmold und Meiningen.

Von

Mittermaier.

Die Leistungen der Gesetzgebung und Wissenschaft auf dem Gebiete des bürgerlichen Prozesses sind in neuester Zeit auf eine Weise vermehrt worden, wie sie seit langer Zeit nicht vorkam. Eine Vergleichung dieser Arbeiten lehrt aber auch, daß wenn man die Einzelnheiten der gemachten Vorschläge näher erwägt, die größte Verschiedenheit vorliegt, welche darauf deutet, daß eben auf diesem Gebiete eine Unklarheit in Bezug auf die Aufgabe

97) L. 3. §. 3. L. 34 pr. jurej. 12, 2.

98) L. 11. §. 2. 3. de act. rer. amos. 25, 2. Wetzell S. 164.

99) Vgl. damit Schmid S. 412. Strippelmann, S. 90 ff.

100) Strippelmann S. 95.